Introduction.

La question de la protection des titres des oeuvres est essentielle puisque ce sont les titres qui désignent les œuvres et c'est par eux que se fait la renommer de ces œuvres. Sa première fonction est donc utilitaire. En effet à l'origine le mot titre, *titulus* en latin, servait à désigner à la fois, « l'enseigne de boutique, l'étiquette de bouteille, que l'écriteau placé au cou des esclaves à vendre ». Plus qu'utilitaire, le *titulus* sert alors à introduire la signification que le spectateur doit donner à l'oeuvre. Il devient peu à peu un véritable commentaire, comme dans les fresques carolingiennes. Il fait alors le lien avec l'oeuvre et lui donne son sens. Il l'éclaire. Il en devient la "véritable clef de voûte", pouvant même "égarer le spectateur sur des fausses pistes" *(Encyclopédie Universalis : Thésaurus, V° Titre des oeuvres d'art)*. Dès lors, la fonction éclairante du titre explique qu'il peut avoir une valeur économique et morale considérable.
Etant tellement précieux, il faut donc les protéger juridiquement. L'époque révolutionnaire a été sensible à la question, et une des premières décisions de justice concernera le Dictionnaire de l'Académie française *(Cass., 28 floréal an XII : D. jurisprudence générale, t. 38, 1857, V° Propriété littéraire, n° 106)*. Mais peu à peu, le titre va montrer sa spécificité et tiendra une place singulière. Sa protection par le droit d'auteur donnera même lieu à de vifs débats. Ainsi, au début du XXe siècle, Pouillet prônait déjà l'application exclusive du droit de la concurrence déloyale. Le titre constituait selon lui une propriété d'une nature spéciale, analogue à l'enseigne ou à la. Dès lors, une question se pose, qu'elle protection choisir pour les titres ? Pourraient-ils être protégé par la protection de droit commun concernant les œuvres ? D'abord, la jurisprudence a longtemps hésité, tantôt optant pour le jeu du droit d'auteur, tantôt préférant la protection du droit des marques, via l'action en concurrence déloyale. Puis la Cour de cassation, dans l'affaire Gueule d'amour, a opté pour l'application alternative des deux protections *(Cass. civ., 2 févr. 1937, Balinow de Villerose c/ Beucler et Gallimard : DH. 1938, 1, p. 97, note H. Desbois)*. La protection du titre est ainsi autonome, à la fois complémentaire et indépendante de l'oeuvre qu'il désigne.

Le législateur a consacré la solution de la double protection à l'article 5 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, texte aujourd'hui codifié. Aux termes de l'article L. 112-4, al. 1er, du Code de la propriété intellectuelle, *"le titre d'une oeuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'oeuvre elle-même"*. L'alinéa 2 du même article dispose en outre que *"nul ne peut, même si l'oeuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une oeuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion"*. Le titre peut ainsi être protégé par le droit d'auteur ou par le droit de la concurrence déloyale. Ce duo est fortement critiqué *(C. Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins : Précis Dalloz, 9e éd., 1999, n° 67, p. 51)*. C'est que le droit d'auteur est ici particulièrement inadapté *(A. et H.-J. Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique : Litec, 2e éd., 2001, n° 107 et 108, p. 101)*. Cette double protection perdure pourtant, au travers d'un contentieux abondant. Néanmoins l'objet de notre étude portera seulement sur la protection des titres par le droit des marques et plus particulièrement sur l'étude de l'action en concurrence déloyale. La question qui se pose dès lors est de savoir si l'action de l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle est une action en concurrence déloyale classique ? Au regard des différentes dispositions légales, l'on constate que l'action subsidiaire prévue à l'article L.112-4, alinéa 2, du Code de la propriété littéraire, est une action similaire à l'action en concurrence déloyale classique, quand à sa mise en œuvre, (I), mais divers auteurs ont affirmé le contraire, estimant qu'il s'agit d'une "protection *sui generis »,* (II).

I. Une mise en œuvre classique de l'action en concurrence déloyale.

Après la protection du droit d'auteur, la loi prévoit un recours subsidiaire au droit d'auteur : aux termes de l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, *"nul ne peut, même si l'oeuvre n'est plus protégée dans les termes des articles L. 123-1 à L. 123-3, utiliser ce titre pour individualiser une oeuvre du même genre, dans des conditions susceptibles de provoquer une confusion"*. Cette voie subsidiaire n'est pas pour autant à mettre au second plan, bien au contraire, plus fréquemment utilisée que la précédente, elle permet de protéger le titre d'une oeuvre tombée dans le domaine public à l'expiration de la durée de protection. De plus, cette action, reçoit l'approbation quasi unanime de la doctrine: *"en effet, ce qui semble surtout nécessaire à l'auteur d'un titre est qu'il soit durablement protégé contre les doubles emplois de celui-ci, de nature à induire le public en erreur" (Cass. 1re civ., 13 nov. 1984 : RTD civ. 1985, p. 309, obs. A. Françon)*. Certes, la doctrine aurait pu critiquer l'application du droit commun de la responsabilité civile, au motif que ce recours instaure un monopole là où la loi spéciale refuse d'en créer un. Mais le Code de la propriété intellectuelle en prévoit ici expressément l'usage. Dès lors paradoxalement, on refuse de créer un monopole perpétuel pour l'œuvre elle-même, mais se monopole se justifie dès lors qu'il concerne le titre servant justement à désigner cette même œuvre.

Paradoxalement encore, la jurisprudence a adopté une interprétation extensive concernant la protection des titres. En effet, la lettre, l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle interdit simplement de reprendre, dans un contexte pouvant prêter à confusion, le titre original d'une oeuvre tombée dans le domaine public. Le texte vise donc le titre d'une oeuvre qui n'est plus protégée, mais l'a été. Toutefois, la jurisprudence décide que la règle vaut aussi pour le titre banal qui n'a pas pu, faute d'originalité, être protégé, optant pour une interprétation extensive du texte. Paradoxalement enfin, cette interprétation extensive de la jurisprudence reçoit l'approbation de la doctrine. Encore faut-il en respecter les conditions et le régime.

A. – Conditions légale de la protection.

Le titre n'a pas besoin d'être original. Mais *"Quand bien même il ne serait pas original, l'article L. 112-4, alinéa 2, interdit la reprise d'un titre pour désigner une oeuvre du même genre dès lors qu'il y a risque de confusion" (TGI Paris, 7 mai 1987)*. Excepté l'originalité, l'application du droit de la concurrence déloyale requiert donc diverses conditions tenant au titre copié qui doit être distinctif, au genre des deux oeuvres concurrentes qui doit être identique et au risque de confusion susceptible de se produire dans l'esprit du public. L'appréciation de ces conditions se fera souverainement par les juges du fond.

1° Identité de genre des œuvres.

Cette première exigence est désormais légale. L'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle conditionne la protection d'un titre au fait qu'il soit repris pour individualiser une oeuvre du même genre. Au sens classique du droit d'auteur, le "genre" regroupe les oeuvres d'un même art (littérature, musique, arts plastiques...). Ce n'est pourtant

pas de cette manière qu'il faut ici entendre le terme, car une telle interprétation conduirait à écarter la protection dans le cas par exemple d'un titre de roman, qui serait utilisé pour un film.
En fait, depuis la célèbre affaire *Les liaisons dangereuses*, la jurisprudence a adopté une conception extensive. Devant statuer en raison du risque de confusion entre le roman de Laclos et le film de Roger Vadim, la Cour d'appel de Paris a décidé que si : « *un roman et l'oeuvre cinématographique qu'il a inspirés ne procèdent pas des mêmes techniques et poursuivent des buts différents, ils n'en appartiennent pas moins au même genre quand, sous un titre rigoureusement identique, les images, les dialogues et les scènes du film illustrent le même texte, la même pensée et la même intrigue* » *(CA Paris, 1re ch., 4 avr. 1960)*
La solution *"se justifie par l'idée que le genre compte moins en définitive que le risque de confusion, ce qui conduit inéluctablement à privilégier la seconde condition ».*

2° Risque de confusion.

La seconde condition légale est celle d'une confusion potentielle susceptible de se produire dans l'esprit du public. L'article L. 112-4 du Code de la propriété intellectuelle évoque en effet les *"conditions susceptibles de provoquer une confusion"* : il n'est donc pas nécessaire que la confusion se soit réellement produite, il suffit qu'elle puisse se produire dans l'esprit du public. La jurisprudence antérieure à la loi de 1957 allait d'ailleurs dans le même sens.

Mais pour constater le risque de confusion, le juge exige alors que les deux oeuvres soient inspirées par le même état d'esprit, ce qui renvoie à la définition de "genre" précédemment évoqué. Ainsi, dans un litige qui opposait deux auteurs de chansons qui avaient choisi le même titre *J'aime les filles*, le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas de risque de confusion en raison de la différence d'inspiration entre les deux œuvres.

Cette méthode est critiquée par la doctrine, qui estime que *"c'est précisément dans le cas où le même pavillon recouvre deux créations jaillies d'inspirations différentes, que la confusion risque d'être la plus dommageable" (TGI Paris, 3e ch., 31 mai 1968)*. En effet, l'homme moyen se trompera à la seule vue du titre. Dès lors, le juge devrait « s'attacher à se livrer à un examen purement externe », qui consiste à constater l'identité des titres, sans autre recherche *(C. Colombet, Titres d'ouvrages et de publications)*
Dans cette logique, *"le risque de confusion est indépendant du contenu des oeuvres et (...) résulte de la possibilité d'une méprise du lecteur qui peut acheter, sur la foi d'un titre, un ouvrage qui n'est pas celui qu'il voulait lire" (T. com. Paris, 10 janv. 1972 : RIDA 3/1972, p. 238)*.
En effet, la similitude des titres entraîne souvent un risque de confusion. En outre, de nombreux auteurs affirment que la similarité des titres suffit. Il est vrai que le contentieux concerne plus souvent des titres ressemblants qu'absolument identiques. Considérant que c'est le risque de confusion qui importe, le juge appliquera ainsi l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle en cas de simple similarité des titres.

Enfin, La menace de confusion est liée à la divulgation du titre. Le risque de confusion entre deux titres est logiquement impossible tant qu'ils ne sont pas portés à la connaissance du public. La constatation de la divulgation est donc un préalable primordiale. Dans la même affaire *J'aime les filles*, le juge relève que « *rien n'établit en l'espèce que l'oeuvre de Théroïne ait fait l'objet d'une divulgation effective ; que, corrélativement et en toute hypothèse, rien n'établit que le public ait pu être exposé, en l'espèce, à commettre une*

confusion quelconque ». (TGI Paris, 3e ch., 31 mai 1968, Théroïne c/ Éditions musicales Alpha : RIDA 4/1968, p. 250 ; RTD com. 1969, p. 90, obs. H. Desbois ; Gaz. Pal. 1968, 2, p. 267).
Cette même solution est reprise dans le contentieux relatif au titre *Trois hommes et un couffin* : *"aucune preuve n'était rapportée d'une utilisation du titre pour désigner au public la série télévisée projetée" (Cass. 1re civ., 19 févr. 2002 : Juris-Data n° 2002-012983).*

B. - Conditions prétoriennes : la distinctivité du titre.

Condition prétorienne**,** le titre doit être distinctif pour être protégé par le droit de la concurrence déloyale. Certes, la loi ne le dit pas. Mais cette condition, qui résulte de la jurisprudence, s'explique par le fait qu'un titre doit permettre « d'identifier, d'individualiser des oeuvres du même genre ». Mais la jurisprudence se montre "particulièrement libérale" en la matière, spécialement pour les titres de journaux *(C. Colombet, Titres d'ouvrages et de publications : J.-Cl. Concurrence-Consommation, Fasc. 200).*
Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé que le titre *Le Berry Républicain* était distinctif : *"Rien ne s'oppose à ce qu'un quotidien choisisse comme titre le nom de l'ancienne province dans laquelle il est édité ; que, dès lors, la société intimée a pu valablement s'approprier la dénomination Le Berry Républicain et même la dénomination abrégée Le Berry" (CA Paris, 4e ch., 22 déc. 1959, Journal Berry Matin c/ Journal Berry Républicain .)*. Dans cette espèce, le juge a ici fait preuve *"d'un excès d'indulgence, car on voit mal comment on pourrait interdire à des concurrents d'utiliser comme titre le nom de la province où le journal est édité".*

- **Quelques exemples jurisprudentiels :** Le juge a reconnu comme distinctifs, de manière plus raisonnable, le titre *Les Petites affiches (Cass. civ., 18 juill. 1939)* ou encore *Le Figaro (T. com. Nice, 14 févr. 1991)*. En revanche, le titre *Karaté* est générique, donc ne peut être protégé *(CA Paris, 5 juill. 1978)*. Ce sera aussi le cas pour un titre emprunté purement et simplement à la nature de la publication. Ainsi pour le titre *Encyclopédie catholique (CA Paris, 8 oct. 1835)* ou pour *Biographie universelle (Cass. civ., 16 juill. 1855).*

Les conditions d'application de l'alinéa 2 de l'article L.112-4, semble a priori similaire aux conditions de droit commun, mais la jurisprudence se montre très libérale quant à leurs mises en œuvres. De plus les sanctions résultant du succès de cette action sont pour ainsi dire plutôt originale. C'est sur ces points que, divers auteurs se sont appuyés pour affirmer que cette action constituait une protection « sui generis », (II).

II. Une protection néanmoins « sui generis »

L'action de l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle est-elle une action en concurrence déloyale classique ? Divers auteurs ont affirmé le contraire, estimant qu'il s'agit d'une "protection *sui generis*, exorbitante du droit commun" *(TGI Paris, 3e ch., 31 oct. 1972, aff. Les Grandes Heures de l'Histoire : Gaz. Pal. 1973, 1, p. 201, note*

P. Mouzon). C'est aussi, semble-t-il, la position de certaines juridictions. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel de Paris précise que l'article L. 112-4, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle "institue une protection *sui generis* proche des règles gouvernant la concurrence déloyale" *Guide France des Magasins d'Usines (CA Paris, 4e ch. A, 10 mars 1999)*. Dès lors que l'action en concurrence déloyale est fondée sur ce texte, elle est donc une *"application particulière de la théorie de la concurrence déloyale" (C. Colombet, Titres d'ouvrages et de publications)*.

Le caractère « sui generis » de cette action s'expliquerait au regard de deux éléments. Premièrement, la charge de la preuve est inversé, au regard du droit commun,(A), ensuite le caractère particulier de cette action s'explique par l'originalité de ses sanctions. En effet, elle conduit non seulement aux sanctions du droit de la concurrence déloyale, mais aussi à celles du droit d'auteur, (B).

A. Charge de la preuve du risque de confusion.

Le demandeur à l'instance n'a pas la charge de la preuve du risque de confusion. La loi *"ne fait pas obligation au demandeur d'établir le risque de confusion, qui résulte de l'identité de titres..." (T. com. Paris, 10 janv. 1972)*. La solution est contraire aux règles classiques du droit de la concurrence déloyale, qui sont celles du droit de la responsabilité civile et du droit commun, mais elle s'explique par le fait que le risque de confusion résulte de l'identité ou de la ressemblance des titres. C'est donc au défendeur de prouver que ce risque n'existe pas.

Le demandeur n'a pas davantage à établir la mauvaise foi de son adversaire, à la différence des règles du droit d'auteur (mais conformément au droit de la responsabilité civile classique). Peu importe que le défendeur soit de bonne foi ou non ,l'article L. 112-4,alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle interdit l'utilisation du titre dès lors qu'il existe un risque de confusion.

B. - Sanctions de la concurrence déloyale.

1° Sanctions du droit de la concurrence déloyale

Conformément au droit de la concurrence déloyale, le demandeur pourra obtenir la cessation du trouble, par la suppression ou la modification du titre. Le juge peut ordonner à celui qui emploie le titre pour la seconde fois d'apporter toutes modifications utiles pour éviter la confusion. Par exemple, dans l'affaire *Les Liaisons dangereuses*, le juge a ordonné une modification au défendeur *"sous tel autre titre qu'il lui plaira de choisir"* ; *(CA Paris, 1re ch., 4 avril 1960)*. L'auteur s'est contenté d'ajouter l'année *1960*. Le juge peut aussi, en matière de livres, ordonner le retrait des exemplaires non vendus portant un titre contrefaisant *(T. com. Paris, 10 janv. 1972 : RIDA 3/1972, p. 238)*. Le juge prévoit parfois une astreinte *(CA Paris, 25 sept. 1989 : D. 1989, inf. rap. p. 264)*. En réparation de son préjudice, mais à condition de le prouver, le demandeur pourra obtenir des dommages-intérêts. Ce préjudice doit être actuel, contrairement aux règles du droit d'auteur. Très classiquement, le juge peut condamner le contrefaisant à prendre financièrement en charge diverses mesures de publicité de la décision, notamment par insertion d'un communiqué judiciaire dans la presse.

2° Sanctions du droit d'auteur

Une controverse existe entre la doctrine et la jurisprudence sur la question de savoir si l'on pouvait appliquer les sanctions tirées du droit d'auteur. Deux positions s'affrontaient. Pour certains, conformément à la jurisprudence antérieure à la loi de 1957, ces sanctions étaient inapplicables en raison du principe d'interprétation stricte des règles procédurales et pénales *(JCP G 1957, I, 1938, § 50, note J. Savatier)*. H. Desbois approuvait au contraire la jurisprudence qui a validé des sanctions tirées du droit d'auteur. La Cour d'appel de Paris l'a suivi dans l'affaire *Les liaisons dangereuses (CA Paris, 1re ch., 4 avr. 1960 : D. 1960, p. 535)*. L'utilisation d'un titre dans les conditions entraînant un risque que confusion est donc une atteinte au droit moral. *“La conclusion s'impose : seront applicables la saisie-contrefaçon et les sanctions correctionnelles des articles L. 335-2 et L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle” (C. Colombet, Titres d'ouvrages et de publications)*. La protection du titre sert ainsi parfois, indirectement, à défendre le droit moral. Bien sur, "tel n'est pas son but" *(A. et H.-J. Lucas)*.

Conclusion.

Pour conclure, l'étude de ce sujet, n'a pas été chose aisée. En effet, il faut bien admettre que l'ensemble du régime de protection des titres, par le droit d'auteur comme par l'a concurrence déloyale, reste fortement critiquable. En effet, l'on constate que la jurisprudence sur ce point adopte des positions très larges et souvent inattendues. Dès lors l'on constate beaucoup de disparité et de contradictions, sans pouvoir véritablement dégager de position jurisprudentielle concernant des points essentielles tels que la prise en compte de l'originalité d'un titre ou encore les notions de genre et de risque de confusion.